

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA – OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO FRENTE AS QUESTÕES POLÍTICAS DA SOCIEDADE BRASILEIRA

João Felipe Simões Aguiar¹
Alexandre Sormani²
Trabalho de Conclusão de Curso³

RESUMO

Atualmente as desavenças sociais surgem em situações de incertezas em uma sociedade complexa e com diversos entendimentos sobre um mesmo assunto, gerando dificuldade em regulamentar situações não previstas pelo legislador e que não possuem uma resposta simples e prática, motivo pelo qual é evidenciado o avanço do Poder Judiciário, assumindo uma postura proativa e arrojada dentro dos espaços normativos que lhe é permitido a discricionariedade, decidindo sobre tais causas sociais baseando não só na norma mas também nos princípios com conceitos amplos e pouco definidos, não se limitando somente ao texto escrito. Assim, o presente trabalho tem o objetivo de analisar tal comportamento do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, compreendendo a diferença entre uma atuação inovadora dos magistrados e um possível abuso de poder judicial adotando o método hipotético-dedutivo, com procedimento embasado em pesquisa bibliográfica acerca do tema. Seguindo o raciocínio, a pesquisa explora os limites da atuação dos magistrados nos núcleos essenciais de atuação dos poderes.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judiciário. Norma. Interpretação. Hermenêutica, Democracia, Legislativo.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1. A INCIDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO SUPRIMENTO DE LACUNAS DO LEGISLATIVO ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA POSITIVADA, 1.1 O Ativismo Judicial Como Ferramenta De Validade Do Direito, 2. DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA DOS MAGISTRADOS, 2.1 A Crise de Representação Política na Sociedade Brasileira, 3. AUTOCONTENÇÃO, ATIVISMO E LIMITES DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Social basando-se na Constituição como garantidora de direitos e deveres do indivíduo, propagou-se o entendimento do neoconstitucionalismo, dotando a Constituição de maior eficácia jurídica através da interpretação principiológica,

¹Aluno do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

² Professor Ms. do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³ Trabalho de Conclusão do Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

valendo-se da vinculação moral ao direito na realização do controle de constitucionalidade das normas dentro dos sistemas jurídicos e alterando a dinâmica e aplicação do direito nas Cortes Constitucionais, fazendo surgir assim o Ativismo Judicial pelos magistrados ao atuar de maneira ousada e inovadora frente ao caso concreto, flexibilizando a interpretação da norma ao utilizar princípios de conceitos amplos e indefinidos, contrapondo-se ao positivismo clássico em razão das lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e Executivo.

Ao assumir uma postura ativista em relação a questões que versem sobre direitos e fundamentais capazes de provocar uma repercussão acerca dos chamados debates morais razoáveis, é inevitável que o Judiciário ultrapasse suas prerrogativas funcionais e atue sobre a forma de se fazer política, ainda que não seja um órgão legitimamente democrático para tanto.

Assim, este trabalho tem como objetivo analisar o ativismo judicial existente nas Cortes Constitucionais e sua influência na política, especificamente os limites de atuação do Poder Judiciário sem que interfira nas esferas dos demais Poderes, sendo que para tanto, assume-se como opção metodológica a adoção do raciocínio hipotético-dedutivo embasada da análise de conteúdo bibliográfico autores com atuação no campo da filosofia do direito e direito constitucional.

Para tanto, em um primeiro momento, será abordada a teoria da separação dos poderes e as causas que levam o Judiciário a intervir na esfera de atuação dos demais poderes ao suprir as lacunas normativas deixadas principalmente pelo Poder Legislativo e, de forma reflexiva, será analisada a forma como o ativismo judicial se manifesta dentro da jurisdição constitucional.

Por conseguinte, será analisado a maneira que, ao se depararem com casos difíceis, os magistrados utilizam da discricionariedade a eles atribuída em razão de sua função institucional para a interpretação correta dos princípios e a sua aplicação ao caso concreto e a sua possibilidade de ir além de entendimentos jurisprudenciais para a garantia de direitos em razão da crise de representação política presente na sociedade.

Ao final, a partir dessa análise teórica, será possível uma análise crítica a respeito dos limites a serem observados pelo Poder Judiciário como um todo e principalmente dentro da Corte Constitucional ao deparar-se com questões que deveriam ser resolvidas a partir do debate democrático, bem como a possibilidade do próprio Judiciário permitir que tais debates aconteçam.

No mais, esta análise teórica não tem a pretensão esgotar o tema em si mesma, pretende-se, pelo contrário, não só trazer informações e contribuir para a discussão sobre a ampliação do entendimento e reflexão a cerca das novas teorias constitucionais e o reflexo da

Constituição em face dos avanços da sociedade com uma interpretação extensiva e adaptativa sobre o assunto, mas também fornecer subsídios teóricos para as atividades jurisdicional e doutrinária, especialmente àquela ocupada com a análise do ativismo judicial e a judicialização da política.

1. A INCIDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO SUPRIMENTO DE LACUNAS DO LEGISLATIVO ATRAVÉS DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA POSITIVADA.

Segundo a teoria da separação dos poderes elaborada por Montesquieu, em breve explicação, para a composição do Estado Constitucional de Direito é necessário que haja a divisão de suas funções estratégicas entre órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário), cada um com prerrogativas próprias e independência institucional, visando a eficácia no exercício de sua atividade como peça componente do Estado (Ramos, 2010).

Nessa ótica, cumpre entender que, ao atribuir a função de legislar a um órgão como o Congresso Nacional, no caso do Brasil, caberá a este como representante da sociedade, a elaboração de leis e normas em sentido abstrato, submetendo os súditos do Estado ao cumprimento de tais enunciados e, o Judiciário, seria o responsável por dar eficácia a norma frente ao caso concreto ao resolver litígios entre os indivíduos do Estado.

Contudo, as desavenças sociais surgem em situações de incertezas em uma sociedade complexa e com diversos entendimentos sobre um mesmo assunto, gerando dificuldade em regulamentar situações com o objetivo de se manter a paz social em face de casos que são inusitados e sem respostas simples, e o motivo pelo qual não é fácil de se manter um suposto entendimento pacificado e positivado junto à coletividade é que “nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas” (Barroso, 2015).

É nesta esteira que o avanço do poder Judiciário se mostra mais evidente ao enfrentar casos complexos e decidindo tais assuntos amoldando o texto à realidade em que o problema surgiu. Assumindo uma postura proativa e arrojada, a depender do espaço normativo em que existam conceitos amplos e pouco definidos (Ramos, 2010), o magistrado adequa o texto constitucional ao caso concreto aplicando uma atuação interpretativa mais expansiva, adaptando e aperfeiçoando a norma frente ao problema, não se limitando apenas à reprodução da lei escrita, suprimindo, assim, as lacunas deixadas pelos órgãos deliberativos, dando validade legal a situações não previstas pelo legislador.

No entanto, até que ponto o Judiciário pode interferir diretamente não só na validade da lei, mas também, no preenchimento das lacunas legislativas que, invariavelmente, afeta diretamente parte da sociedade?

Basilar se mostra a necessidade de compreender a diferença entre uma atuação do direito de forma inovadora e ousada frente à situação fática e um possível abuso do poder Judiciário, o que leva à discussão acalorada quanto à existência do ativismo judicial em meio a legislações lacunosas e casos sem soluções, por diversas vezes de temáticas relevantes para a sociedade.

1.1 O Ativismo Judicial como Ferramenta de Validade do Direito

Com a consequente busca pela melhor solução dos casos concretos à luz não só da norma, mas também dos princípios fundamentais, utilizando-se da discricionariedade decisória que ao magistrado é atribuída, o direito transpõe seu campo de atuação delimitando matérias que seriam de competência política através de meios jurídicos. Essa atuação que descaracteriza as funções típicas do Poder Judiciário é relacionada ao ativismo judicial por sua incursão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções que são atribuídas aos demais Poderes (Ramos, 2010) na dinâmica da hermenêutica jurídica em relação a conceitos principiológicos amplos e indeterminados abordados no neoconstitucionalismo para a garantia de direitos fundamentais.

Tal comportamento representa um redirecionamento do entendimento do direito que destoa do positivismo jurídico tradicional, em que ao magistrado se incumbia somente o dever de reproduzir a norma legitimada frente ao caso levado a ele.

Diante disso, tem-se a superação do positivismo e a consequente abertura do sistema para a aplicação de conceitos de filosofia moral e filosofia política, buscando ir além do texto normativo, não desprezando o direito posto (Barroso, 2015).

Assim sendo, “na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação da norma e do texto” (Barroso, 2015). Destarte, o ativismo judicial se relaciona menos com a produção da norma em si e mais com a correta aplicação da norma frente à situação fática.

De tal maneira, não se pode dizer, portanto, que o ativismo judicial invade a competência do Legislativo, muito menos opera com uma conduta reprovável, pois o Judiciário comporta-se de maneira incidental atuando como suprimento das lacunas legislativas através da hermenêutica do magistrado, valendo-se de princípios e precedentes.

Ramos, em sua obra “Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos” faz a seguinte reflexão quanto ao desempenho do poder judiciário da forma como mencionado acima.

O ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas [...] que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados (Ramos, 2010).

Contudo, o que se quer entender não é o aspecto de como a função judiciária é exercida atualmente, mas sim, o uso do ativismo judicial como ferramenta de validação do direito frente ao caso concreto.

Assim, nota-se que como consequência do ativismo judicial há a judicialização da política, de maneira que os envolvidos na política moderna, impelidos por conflitos ideológicos e interesses de classes impulsionam o Judiciário a agir de maneira singular ao se deparar com assuntos inéditos e sem previsão legal. Desta forma, ao trabalhar nas lacunas deixadas pelo Legislativo, muito embora o Judiciário possua a discricionariedade quanto à elaboração de decisões fundamentadas com base nas fontes do direito, indaga-se quanto à sua interferência na esfera política na sociedade.

Por tais razões, refletindo o pensamento de Ramos, as decisões judiciais devem ser necessariamente criativas e inovadoras, pois não se limitam somente ao pensamento positivista de reprodução do texto da lei, sendo estes “adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poderem disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição” (Ramos, 2010).

Portanto, verifica-se que o ativismo somente é possível pelas razões conflitantes trazidas ao Judiciário e, sobretudo, na capacidade interpretativa do julgador em atender tais demandas nos limites da lei e adaptando-a de acordo com o caso concreto.

Por tais razões observa-se que cada vez mais o Judiciário interfere na esfera política devido às dificuldades do poder Legislativo em criar normas que supostamente atendam à vontade política de parcelas da sociedade que não veem seu direito legitimado em norma previamente elaborada e do Executivo ao deixar de promover políticas que atendam o sentido democrático de um Estado Democrático de Direito.

2 DISCRICIONARIDADE DECISÓRIA DOS MAGISTRADOS

Como dito anteriormente, as omissões e lacunas deixadas pelo Legislativo e Executivo na elaboração de leis abrem espaço para o uso de princípios como forma de se chegar em alguma decisão moralmente aceita e juridicamente correta. Entretanto, tal abertura implica em

decisões com o uso de uma interpretação mais ampla e conseqüentemente discricionária dos magistrados (Fontes, 2018).

A discricionariedade dos magistrados corresponde à liberdade de escolha que é permitida ao juiz dentro da norma, diante das possibilidades interpretativas que lhe são oferecidas. Neste ponto, relacionando-se com o que foi dito anteriormente, questiona-se se é conveniente que o Poder Judiciário exerça juízo de valores superando totalmente o que está positivado e profira decisões baseadas em princípios em assuntos que envolvam a moralidade política e, valendo-se de uma conduta ativista, até que ponto estaria em uma “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes” (Ramos, 2015).

A teoria da separação dos poderes, como dito no início do presente trabalho, tem por objetivo evitar o absolutismo do poder através do sistema de freios e contrapesos, de maneira que a separação dos poderes limite o núcleo essencial de atuação de cada um. Desta forma, o Poder Judiciário, visando equilibrar a atuação legislativa e executiva baseando-se em princípios fundamentais, exerce o controle de constitucionalidade e garantindo que a discricionariedade dos outros órgãos, tanto na elaboração de leis quanto na prática de atos administrativos sejam respeitados. Assim, a Constituição estabelece critérios objetivos para a elaboração de leis pelo Legislativo e prática de atos administrativos pelo Executivo.

No entanto, os princípios utilizados para identificar tais critérios não só para o controle de constitucionalidade, mas também para a validação da norma a causas incidentais, por si só, não são suficientes, uma vez que “a mera imprecisão dos princípios, uma de suas características, não é o suficiente a autorizar maior discricionariedade aos juizes” (Fontes, 2018), ou seja, a imprecisão na interpretação dos princípios abarcados pela norma constitucional não é o suficiente para que o Poder Judiciário delimite critérios objetivos que os demais Poderes deveriam seguir na prática de atos e elaboração de leis.

Assim, aduz Paulo Gustavo Guedes Fontes ao discorrer sobre a abrangência da jurisdição constitucional no âmbito de controle de constitucionalidade ou fora dele, estabelecendo por si só, critérios de atuação na área de políticas públicas baseando-se num senso comum na defesa de uma densificação da constituição em quaisquer casos.

A aceitação de um controle sem limites, de uma atribuição acrítica ao Judiciário da última palavra em quaisquer casos, subjacente também ao já referido “pressuposto objetivista” da jurisdição constitucional, uma posição intuitiva, apriorística de que o texto constitucional contém efetivamente a resposta para todas as questões (Fontes, 2018).

Por mais que essa atuação de delimitar o alcance das normas através de princípios possa configurar como um apoio contramajoritário em favor da parcela perdedora numa

democracia, não é certo que, por meio de controle de constitucionalidade sem limites, o Judiciário atue com a última palavra proferindo decisões que, dependendo da matéria discutida, causem o efeito erga omnes, submetendo inclusive os que não estão inseridos na minoria perdedora. Tal atuação poderia não só trazer uma incerteza quanto à interpretação da norma por princípios como também causar uma sensação de insegurança jurídica generalizada.

Salienta-se que o controle de constitucionalidade em si não é necessariamente uma postura ativista do Poder Judiciário, uma vez que está positivado na norma, mas sim a abrangência e a imposição de comandos constitucionais de acordo com a interpretação dos magistrados e a sua legitimidade numa democracia. Neste ponto, reflete Ana Paula Barcellos:

Não há dúvida de que, quando o Judiciário declara inconstitucional uma lei ou concretiza diretamente determinado comando constitucional, cuja integração foi negligenciada pelo legislador ou pelo administrador, há aí uma espécie de interferência, mais do que de um poder sobre o outro, de uma legitimidade – a da Justiça Constitucional – sobre a outra: a legitimidade majoritária (Barcellos, 2011)

O que se quer dizer com isso é que, não deve o Judiciário valer-se da discricionariedade dos magistrados para um comportamento ativista, justificando-se num papel contramajoritário, simplesmente para acalmar parcela da sociedade, assuntos versando sobre direitos fundamentais para a vida em sociedade deveriam ser discutido pelo poder Legislativo na elaboração de leis contemporâneas ou contando com a participação popular direta, como por exemplo, o plebiscito e o referendo.

Ainda nisso, Elival da Silva Ramos defende uma posição de que a importância exagerada na interpretação dos princípios foge do âmbito jurídico e se trava somente no âmbito moralista, gerando infundáveis e controversas discussões, fornecendo ao intérprete-aplicador da norma para se necessário corrigir ou mesmo invalidar o que é posto pelo Legislativo e Executivo no uso de suas atribuições em nome de uma ordem objetiva de valores que são interpretados constantemente de maneira subjetiva (Ramos, 2015).

Desta forma, buscando afastar uma aristocracia de juristas e estabelecer um positivismo renovado, levando-se em conta não somente a norma posta por meios democráticos como também o poder discricionário do Judiciário na decisão e proteção da Constituição, Ramos argumenta que os juristas devem colocar o seu saber não só a construção de instituições que triunfem somente em benefício do povo, “mas com sua participação decisiva, diretamente sob determinadas condições e, indiretamente, de modo diuturno, por meio dos instrumentos de representação política”.

2.1 A Crise de Representação Política na Sociedade Brasileira.

Em muitos casos, a justificativa para a atuação do Judiciário para além dos seus limites normativos é a representatividade política que passa por constantes polêmicas, ainda mais no cenário brasileiro atual onde ideologias ultrapassadas conflitam entre si e deixam de apresentar mudanças significativas e positivas para a sociedade em geral, onde, o Judiciário atuaria como um papel representativo e contramajoritário dentro da jurisdição constitucional.

Barroso afirma que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional é assentada na proteção das regras do jogo democrático e a proteção dos direitos fundamentais que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política (Barroso, 2015). Desta forma, o Judiciário, no uso de sua discricionariedade “por sua capacidade de ser um fórum de princípios [...] e de razão pública”, atuaria nas lacunas legislativas para defender princípios éticos e morais da constituição no exercício de um papel contramajoritário em favor de minorias, uma vez que os representantes do povo em, sede Legislativa, estariam desprendidos da sociedade civil, pois a história do parlamento brasileiro teria deteriorado o debate político e gerado um misto de ceticismo e insatisfação em razão de discursos partidários extremos e outras vicissitudes seriam os geradores da crise de representação política em um Estado Constitucional (Barroso, 2015).

No entanto, como visto, o julgamento baseado somente em princípios nem sempre é suficiente para alcançar uma resposta definida em razão das lacunas normativas, apesar de conferirem ao ordenamento jurídico a supressão de lacunas e flexibilização do direito, somente o seu uso não consegue “reduzir a complexidade dos casos e levar sozinhos à decisão” (Fontes, 2018), isso porque a discussão sobre princípios e vontades políticas da sociedade a respeito de direitos fundamentais manifestado no neoconstitucionalismo, deve levar em conta os desacordos morais razoáveis levados às Cortes em razão das vaguezas das normas e resistentes a uma solução racional (Fontes, 2018).

Apesar de questões que ultrapassam os estudos sociológicos e políticos alcançarem as esferas jurídicas buscando respaldo normativo com o intuito de garantir maiores direitos e liberdades acerca de temas como, por exemplo, o aborto, eutanásia, liberdade de expressão, entre outros, geram debates apaixonados sem que haja uma resposta correta ou consensual (Galvão, 2010). Sendo assim, deixar para que as Cortes constitucionais decidam acerca destes temas proferindo a última palavra não é decidir sob a justificativa de crise de representação política e sim, enrijecer o debate democrático sob um viés subjetivo do magistrado que proferiu o julgamento e como consequência, a palavra final.

A hermenêutica dos textos normativos e a discussão sobre o alcance e a colisão entre princípios e direitos humanos não possui grande importância e tampouco o condão de abraçar toda uma causa, uma vez que o debate sobre a ética e liberdade dos envolvidos na causa sejam de maior relevância e abrangência pelos meios legislativos do que judiciais (Fontes, 2010), isso porque, remetendo o pensamento de Rousseau “somente a vontade geral tem a possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição” (Os Pensadores - Rousseau, 1973) conservando assim a existência do Estado Democrático de Direito.

Salienta-se que a hermenêutica abrange os processos de interpretação da lei e é necessariamente persuasiva ao adequar a lei abstrata à realidade para realização do direito (Sormani, 2006). Quando o imperativo linguístico do texto é claro, a sua influência na decisão e definição dos fatos à luz da norma é maior e quando do texto normativo vierem conceitos amplos e abstratos, menor é a capacidade de se influir na decisão dos casos (Cambi, 2009). Desta maneira, “o ato de interpretar não ignora a influência subjetiva do intérprete” (Sormani, 2006) quando traduz o texto normativo ao caso concreto que, de forma ou outra, deve partir do princípio de que há uma norma escrita a ser seguida para a interpretação e realização do direito.

Com a participação popular de maneira realmente direta é menos imprevisível determinar os caminhos da produção da norma e do texto escrito, uma vez que, a função dos debates é a chegada a um consenso, e não uma decisão deslegitimada democraticamente. Isso porque “a interpretação jurídica possui caráter bipolar, posto que a construção da norma adequada dependa tanto da análise do ordenamento jurídico quanto do exame das circunstâncias do caso concreto” (Cambi, 2009). Diante desse fato, a ideia de que a interpretação da lei escrita frente o caso concreto, ainda que respeitados os princípios fundamentais, sempre será benéfico, é fundamentalmente incerta.

Importante ressaltar também a importância do debate por vias legislativas, uma vez que, incumbir ao magistrado o poder da palavra final sobre determinada norma, ainda com a possibilidade de criação de lei sobre tal decisão, não somente versa sobre uma insegurança jurídica como também é impossível de prever as fundamentações e subjetividade integrada na hermenêutica que irá ser reproduzida na aplicação da norma. Novamente, se torna imprevisível e dificultoso saber se a norma irá atender ou não as necessidades sociais com base no que foi alegado e mesmo que se alcance uma resposta, nunca seria possível saber se foi alcançada a realmente correta (Fontes, 2010), pois ainda haverá discordância quanto à verdade moral, restando somente interrogação sobre a fundamentação da decisão baseando-se em uma moralidade jurídica correta do juiz, segundo a sua subjetividade.

Diferente ocorre no debate com a participação do povo, através da possibilidade de manifestação do pensamento político na esfera popular, é possível enxergar os horizontes da chegada a um consenso e a conseqüente produção da norma baseando-se nas manifestações populares e debates contemporâneos que apesar da crise de representação política “a realidade das redes sociais á novo e inédito impulso à participação popular, o que pode aconselhar a ampliação da utilização dos mecanismos de participação direta” (Fontes, 2010). A não conclusão do direito pelo texto escrito abre margens para uma participação popular direta e para a possibilidade de estruturação normativa de acordo com os períodos de avanço atual. Levando-se em conta as ferramentas tecnológicas, acessíveis hoje por grande parte da população, inclusive as minorias, permite a exposição de ideias e opiniões, favorecendo uma participação popular na política e alimentando leis cada vez mais democráticas.

3. AUTOCONTENÇÃO, ATIVISMO E LIMITES DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO.

Imprescindível notar que a acentuação da importância do direito positivado não quer dizer que o uso dos princípios deva ser reduzido a um mínimo. O que se quer é compreender o limite da atuação dos magistrados judicial dentro da norma, valendo-se da hermenêutica e interpretação e o uso da linguagem para determinar o significado objetivo da lei, uma vez que “a norma resulta do conteúdo de interpretação dos textos e das inúmeras relações que mantêm entre si” (Cambi, 2009) e a arbitrariedade fundamentada na interpretação subjetiva dos princípios. Isso reflete a dogmática jurídica a cerca das decisões que tem como objetivo, ainda que em referência a questões deixadas em aberto pelo material normativo, é chegar a uma razão fundamentada a respeito de tais formulações (Alexy, 2008).

Igualmente, cumpre entender que ao observar a jurisdição constitucional a respeito de direitos fundamentais, a sua relação com o Judiciário não é sobre a qualidade ou o valor do direito enquanto afirmação política e a valoração dos princípios enquanto produtores de normas e precedentes e sim a forma como é estabelecido o procedimento para a validação do direito através da palavra final pelos magistrados sobre debates envolvendo os desacordos morais razoáveis, sendo que aplicar a Constituição aos anseios sociais envolve, necessariamente, “partir de premissas que estão explícitas ou claramente implícitas no documento em si” (Ely, 2010), forçando o magistrado a ir além do sentido literal da norma.

Independente do que é decidido por vias legislativas, a própria Constituição resguarda os direitos básicos, o mínimo existencial para o indivíduo, cabendo ao Judiciário não a afirmação da validade destes direitos e sim, assegurar que ao cidadão lesado tal direito seja observado na prestação do serviço público que se mostrou insuficiente para tanto.

Ainda que a discricionabilidade judicial autorize ao magistrado percorrer os caminhos da hermenêutica, a busca por algum consenso sobre valores dentro da sociedade com o intuito de se dar um sentido para a interpretação das vaguezas contidas nos princípios Constitucionais deve ser realizada pelo próprio povo, pois o interpretacionismo da norma positivada “se encaixa melhor em nossas concepções costumeiras de o que é o direito e como ele funciona” (Ely, 2010), logo seria de pensamento comum que o juiz se ater à lei positivada para a decisão de conflitos, não cabendo à ele dizer o que o direito é de acordo com sua interpretação dos valores da sociedade. Por isso, John Hart Ely entende que a busca por um consenso realizada por algum magistrado seria realizado de maneira geral e imediata, podendo sua conclusão permitir qualquer tipo de prática justificada nas problemáticas sociais, sendo o Poder Legislativo o único capaz de transformar em lei um consenso geral, uma vez que possui o viés democrático necessário.

Seguindo o pensamento de Ely, o Judiciário deveria funcionar como árbitro na democracia, agindo ainda de maneira contramajoritária em favor das minorias sem que isto caracterize um comportamento ativista e de produção de norma pela Corte, distanciando-se da imposição de valores da sociedade e analisar a tomada de decisões políticas e a quem elas favorecem e quais as medidas devem ser tomadas judicialmente para estender à minoria os mesmos direitos obtidos pela maioria, que teve maior representatividade na produção da norma.

Assim, não se quer dizer que na democracia as minorias devem submeter-se às majorias, ou então que o Judiciário não deva preservar os direitos fundamentais, uma vez que a própria Constituição estabelece que estes devam ser preservados e inerentes à todos os cidadãos independente de qualquer coisa. O que se quer dizer é que, o Judiciário ao invés de incidir sobre o mérito de questões sobre desacordos morais razoáveis e atuar como detentor da última palavra, tornando rígida a discussão democrática, deve decidir sobre a forma de como o processo democrático se desenvolve em torno disso, incluindo as minorias e estendendo à elas o mesmo direito de palavra e representabilidade nos debates institucionais para a produção das normas, equilibrando o jogo democrático limitando a tirania da maioria sem que se caracterize um ativismo judicial.

A autoconceção do Judiciário na interferência da matéria sobre a qual a deliberação é dever Legislativo tem haver com a contraposição do “pressuposto objetivista da jurisdição constitucional, a crença ou o mito de que a Constituição tem sempre a resposta correta para as questões suscitadas perante a Corte Constitucional” (Fontes, 2018), pois como já observado em linhas acima, a indeterminação semântica dos princípios e valores contidos na

Constituição, por si só, não seria o suficiente para a última palavra para tais questões. Assim, observar a distribuição de direitos na sociedade e a constitucionalidade das normas no jogo democrático não tem haver necessariamente com o seu produto final, a garantia plena de direitos à todos, e sim, a maneira e o processo como se desenvolveu essa distribuição (Ely, 2010), ou seja, se cumpriu com as prerrogativas democráticas contidas na Constituição.

Nesta toada, no que se trata a assuntos políticos não é dever de o Judiciário atuar sobre o teor substantivo das direções políticas tomadas pelo governo que rege a sociedade e sim, na garantia de que as restrições à liberdade de expressão e direito de participação nos debates reguladores sejam preservados às minorias, controlando as possibilidades de isso vir acontecer. Além do mais, mesmo que numa democracia o direito à palavra e ao voto não sejam explicitamente restringidos, é tendente que os representantes da maioria subjuguem as minorias, as colocando em desvantagem nos debates legislativos e neguem à elas a proteção que sistema representativo fornece à todos os grupos, devendo o Judiciário funcionar no desbloqueio nos canais de mudança política (Ely, 2010).

CONCLUSÃO

É uma tarefa árdua a identificação dos limites de atuação do Poder Judiciário dentro do sistema de separação dos poderes dentro do Estado Constitucional de Direito, uma vez sendo o guardião da Constituição, tem o dever de garantir o acesso aos direitos fundamentais pela sociedade através da interpretação das normas e a sua aplicação ao caso concreto, valendo-se da hermenêutica para preenchimento dos espaços normativos disponibilizados e dar sentido à vagueza dos princípios constitucionais ao mundo material. No entanto, é inevitável que o Judiciário assuma uma posição política através de decisões referentes a casos que não possuem normas adequadas para a solução do caso concreto, pois, como visto anteriormente, nem o constituinte e nem o legislador são capazes de prever todas as situações conflitantes no direito.

A justificativa para uma atuação ativista do Judiciário em relação às questões de grande relevância social, capazes de afetar a sociedade como um todo por conta de uma crise de representação política, onde as necessidades da sociedade não são levadas a sério em razão de disputas partidárias não se sustenta, uma vez que, direcionar a função de decidir tais questões ao Judiciário é, no mínimo, ingênua, uma vez que também não é capaz de se prever quais fundamentos que serão utilizados na palavra final pela Corte ou se o julgamento será de alguma mudança significativa, capaz de suprir inteiramente os anseios sociais, isso porque o Judiciário não é um órgão em que seus membros foram escolhidos democraticamente e o

juiz julgador carrega em si conceitos e ideias subjetivas que podem influenciar, ainda que minimamente no seu julgamento.

Um segundo aspecto a se observar é que, ainda que o Judiciário deva se conter nos princípios garantidores da Constituição, o Legislativo também, uma vez que a Carta Magna garante a que todos os indivíduos inseridos na sociedade sejam disponibilizados, no mínimo, os seus direitos e garantias fundamentais. Portanto, o Legislativo está submetido aos mesmos princípios constitucionais que o Judiciário para a produção de leis, não podendo ignorá-los, ainda que a maioria venha a achar que deva. Deixar que os conflitos sociais se resolvam por vias legislativas de maneira democrática, sendo o Judiciário mero garantidor das regras do jogo democrático atuando sim em uma conduta contramajoritária sobre o procedimento e não ao núcleo do problema parece ser um caminho viável.

É dever de o Judiciário desenvolver um senso de autocontenção e identificar por si a participação dentro das esferas políticas, impulsionando a um debate democrático quando os conflitos levados até eles versem sobre valores sociais morais que não possuem norma ou lei capaz de levar ao consenso geral, pois, ainda que a hermenêutica jurídica permita que seja percorrido um caminho nas lacunas normativas, autorizando o magistrado a utilizar de sua discricionariedade para fundamentar e proferir decisões com base na lei e nos princípios, não cabe ao Judiciário propor soluções materiais aos desacordos morais razoáveis, pacificando entendimentos que tenham o mesmo valor de uma norma e sim, facilitar o processo para a deliberação popular e incentivar a chegada em um consenso pelas vias democráticas sem que se caracterize o ativismo judicial.

Por tais motivos, não é viável que o Judiciário atue sobre o núcleo do problema sem a definição de limites, pelo risco que há da possibilidade de haver decisões com teor aristocrático de acordo com as construções subjetivas e a maneira como o magistrado interpreta a realidade social como participante da sociedade e, ainda que sejam fundamentadas, possuem o condão de limitar a democracia e a soberania do povo. De acordo com o que foi anteriormente exposto, a participação do Judiciário dentro das esferas políticas deveria ser de forma a garantir o desbloqueio dos canais de mudança política, permitindo que os debates aconteçam prevenindo a tirania da maioria sobre a minoria não no núcleo essencial do problema ou então no cerne dos desacordos morais razoáveis, e sim, garantir que o direito de participação de todos os grupos seja efetivo, de maneira que se propicie um debate capaz de gerar mudanças políticas concretas e que seja capaz de se chegar a um consenso geral de acordo com as prerrogativas constitucionais.

Desta maneira, a própria sociedade poderia ser capaz de criar normas e consensos capazes de sustentar ou afastar entendimentos sobre valores que possam prejudicar o avanço do povo, economicamente e socialmente. A própria sociedade possui capacidade para erguer os pilares de uma democracia justa e próspera. Isso porque o conhecimento quanto aos princípios explícitos e implícitos na Constituição não é facilmente captado pela sociedade de uma forma geral, de maneira que, a leitura das regras e leis no ordenamento jurídico é o contato imediato com o direito em si e a noção média que a sociedade tem sobre seus direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. – 3ª Ed. Revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50;

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo : direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário** / Eduardo Cambi. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; Carvalho, Ernani. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política (UFPR. Impresso), Curitiba-PR, p. 115-126, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>

Ely, John Hart; **democracia e desconfiança : uma teoria do controle judicial de constitucionalidade** / John Hart Ely; tradução Juliana Lemos ; revisão técnica Afonso Reis Freire ; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010. – disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/36605037/democracia-e-desconfianca-john-hart-ely-179p>

GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3101>

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias, 1973. **Ativismo judicial : paradigmas atuais** / Celso Jefferson Messias Paganelli, José Antonio Gomes Ignácio Junior, Alexandre Gazetta Simões. – 1. Ed. – São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial : parâmetros dogmáticos** / Elival da Silva Ramos – São Paulo : Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social. Coleção Os pensadores**, 1ª edição. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SORMANI, Alexandre. **Hermenêutica e Argumentação**. LEX – Revista do Direito Brasileiro, 20ª edição, 2006.